

Het stil faillissement: it is not all roses, you know

Een post door gastblogger Frederik De Leo

In een eerdere [post](#) werd het “stil” faillissement (ook gekend als de *pre-pack*), zoals ingevoerd door artikel XX.33 van het wetsontwerp tot hervorming van het insolventierecht, reeds kort toegelicht. De post vatte aan met een *quote* van Advocaat-Generaal MENGIOZZI die de voordelen van een *pre-pack* als volgt beschreef:

“[h]et succes van de pre-pack is het gevolg van een groeiende neiging in het moderne insolventierecht om de voorkeur te geven aan benaderingen die, anders dan de klassieke benadering die gericht is op de liquidatie van de in moeilijkheden verkerende onderneming, gericht zijn op de redding van de onderneming of althans het behoud van de economisch nog levensvatbare onderdelen daarvan. In een dergelijke context biedt de pre-pack, die wordt gekenmerkt door informele elementen (een buitengerechtelijke voorafgaande fase) en formele elementen (een fase die zich afspeelt in het kader van de insolventieprocedure), de ondernemingen een flexibel instrument dat geschikt is om snel het hoofd te bieden aan bepaalde crisissituaties” HvJ 29 maart 2017, nr. C- 126/16, ECLI:EU:C:2017:241, concl. P. Mengiozzi).

Men dient echter niet blind te zijn voor de *nadelen* van de *pre-pack*, en in het bijzonder voor het risico op opportunistisch gedrag van de verschillende betrokken actoren.

Bij een stil faillissement dient de pre-curator *cf.* artikel XX.33, §3 de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers van de schuldenaar te vertegenwoordigen. GISPEN merkt thans het volgende op: “*Het is een illusie om aan te nemen dat een pre-pack wordt voorbereid met het oog op de belangen van de schuldeisers. Doorgaans is het tegendeel het geval. In werkelijkheid zullen meestal de belangen van één of meer zekerheidsschuldeisers worden nagestreefd, al dan niet samen met die van de risicodragende kapitaalverschaffers van de schuldenaar*” (G. GISPEN, “De ‘pre-pack’ is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers” in *XL 40*, 84, [hier](#) raadpleegbaar) op).

GISPEN heeft daarbij wellicht gelijk. Bij volgende elementen kunnen er mijns inziens vragen rijzen:

1. Prikkels van de (pre)curator

De precurator dient artikel XX. 33, §3 de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Het is echter twijfelachtig of hij daarvoor de juiste prikkels heeft. De precurator wordt benoemd door de rechtbank – en niet door de schuldeisers als principaal – en kan ontslaan worden door de schuldenaar (lees: controlerende aandeelhouders/controlerende zekerheidsschuldeisers). Bijgevolg kan de

schuldenaar de precurator ontslaan, indien het gedrag van de precurator – handelend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers – de schuldenaar niet bevalt. Het benoemings- en ontslagrecht als *governance*-mechanisme ligt dus niet bij de principaal van de precurator, doch wel bij de schuldenaar, die doorgaans een belang heeft dat tegengesteld is aan dat van de principaal. De controlerende aandeelhouders/controlerende zekerheidsschuldeisers willen immers zoveel mogelijk waarde naar zich toetrekken, ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers.

De schuldenaar die wegens opportunistische redenen *niet* tevreden is met de precurator (maar die niet is overgegaan tot het ontslag van de precurator), kan alsnog gemakkelijk voorkomen dat de precurator benoemd wordt tot curator. Hij kan zich immers verzetten tegen zijn navolgende aanstelling als curator. Bovendien beschikt de schuldenaar, indien de wetgever binnenkort zou kiezen voor de *statutaire* zettelleer (i.p.v. de werkelijke zettelleer), over een bijkomende optie om zich relatief gemakkelijk van de ongewenste curator te ontdoen: het “formeel” verplaatsen van de zetel. Dezelfde redenering geldt *mutatis mutandis* voor een ongewenste (lees: goede) rechter-commissaris (G. GISPEN, *supra*, 85).

Indien de precurator wordt aangesteld als curator, zal de curator moeten oordelen over zijn eigen werk als precurator. Het spreekt voor zich dat de curator zichzelf niet aansprakelijk zal stellen voor schade die de boedel geleden zou hebben door toedoen van hemzelf in zijn voormalige hoedanigheid van precurator. Zoals Eline Hoogmartens in haar (met de Jura Falconis prijs bekroonde) bachelorthesis schreef, beschikken de individuele schuldeisers in de boedel niet over de mogelijkheid om de curator intern aansprakelijk te stellen voor schade aan de boedel. Bijgevolg ontbreekt de nodige aansprakelijkheidsstok om de precurator en curator alsnog in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te laten handelen.

2. Gevaren van een “stille” procedure

Het “stil” faillissement gebeurt per definitie in beslotenheid. Het voordeel daarvan is duidelijk: de *going concern* waarde van de onderneming keldert niet door de slechte reputatie die de insolventieprocedures genieten. Het bijbehorend nadeel van die beslotenheid mag thans niet onderschat worden. De precurator zal de toekomstige kopers moeten vinden in een beperkte besloten kring. Uit een [Graham rapport](#) blijkt dat van de onderzochte *pre-packs* in het Verenigd Koninkrijk bijna twee derden een verkoop aan gerelateerde partijen betrof. Dat rapport wees eveneens uit dat voornoemde praktijk de kans op een navolgend faillissement binnen de drie jaar na de afsluiting van het stil faillissement aanzienlijk vergroot (*ibid.*, 49).

Het risico verbonden aan de verkoop van de onderneming aan verbonden partijen situeert zich bovendien nog ergens anders: de verbonden partijen gaan lopen met de *going concern surplus*. Het wetsvoorstel voorziet immers in artikel XX.33, §5 dat de schuldeisers steeds een faillissementsprocedure kunnen aanvangen: de verbonden partijen kunnen dus niet minder dan de liquidatiewaarde van de onderneming bieden. Echter, zodra de verbonden partijen 1 symbolische euro meer bieden dan de liquidatiewaarde, is het stil faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De reorganisatiewaarde kan thans gemakkelijk het dubbele (of meer)

zijn van de liquidatiewaarde. Die *going concern surplus* gaat in dat geval naar de verbonden partijen, zoals de meerderheidsaandeelhouders, en *niet* naar de gezamenlijke schuldeisers. Nog gevaarlijker wordt het wanneer de onderneming in stil faillissement enkel over *ear marked assets* beschikt, die enkel voor de verbonden actoren – die de rest van de nodige puzzelstukken bezitten –, waarde hebben. De *going concern surplus* die de verbonden actoren in dat geval naar zich toe kunnen trekken, is dan nog groter (R. DE WEIJES, “Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren”, Boom juridisch, Den Haag, 2016, 41-54).

3. Europeesrechtelijke onzekerheden

De invoering van het stil faillissement kan vandaag niet meer los gezien worden van Europese regelgeving. Daarbij kan bijvoorbeeld de vraag rijzen of het stil faillissement voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM (zie daarover J. HUYDECOPER, “Pre pack liquidatie: wat vindt een betrouwbare buitenstaander daar op het eerste gezicht van?”, *Tvl* 2013, 20).

Daarnaast rijst de vraag naar de bescherming van werknemers bij een stil faillissement. Mogen de werknemers bij een stil faillissement, zoals bij een gewoon faillissement, met een relatieve eenvoud ontslagen worden? Of is richtlijn 2001/23/EG daarentegen van toepassing op het stil faillissement? In een eerder arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat, behoudens een *opt-in* door de lidstaten, richtlijn EG 77/187 (voorloper van de richtlijn 2001/23/EG) niet van toepassing is op *faillissementsprocedures* (HvJ 7 februari 1985, nr. C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55). Thans is het stil faillissement mijns inziens in de kern gelijkend op de *reorganisatieprocedure* door overdracht van een onderneming. Deze vraag, in de context van de Nederlandse *pre-pack*, is momenteel hangend in een zaak voor het Hof van Justitie. In een voorgaande post werd reeds toegelicht dat de Advocaat-Generaal dezelfde mening is toegedaan en bijgevolg heeft geoordeeld dat de richtlijn van toepassing is op de *pre-pack* (HvJ 29 maart 2017, nr. C- 126/16, ECLI:EU:C:2017:241, concl. P. Mengozzi). Indien het Hof de conclusie van de Advocaat-Generaal zou volgen (wat we verwachten), kunnen de desbetreffende werknemers de Nederlandse staat aansprakelijk stellen voor het foutief implementeren van de richtlijn. Gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, kan de Nederlandse bodemrechter echter niet zonder meer de *pre-pack* buiten spel plaatsen (R. BELTZER, E. GROSHEIDE en I. ZAAL, “Bij pre-pack meer balans nodig tussen belang van bedrijf en van werknemers”, *Financieel Dagblad*). We wachten m.a.w. in spanning af of het Hof van Justitie voornoemd advies zal volgen, en of de uiteindelijke uitspraak transposeerbaar zal zijn naar het Belgisch stil faillissement.

Voornoemde onzekerheden zullen ten slotte een drukkende invloed hebben op de prijs die een potentiële koper zal bieden voor de onderneming. Een lagere prijs is uiteraard evenmin in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (Zie ook G. GISPEN, “De ‘pre-pack’ is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers” in *XL* 40, 87 en 89).

Voornoemde aspecten van het stil faillissement zijn slechts enkele elementen waarover vragen kunnen rijzen. Andere vragen die kunnen rijzen, zijn de volgende:

hoe dient de doelstelling van het behouden van meer werkgelegenheid afgewogen te worden tegenover het gezamenlijk belang van de schuldeisers? Speelt enkel de werkgelegenheid binnen de onderneming een rol of ook de werkgelegenheid binnen het breder maatschappelijk perspectief, zoals in een sector of regio? *Etc.*

Toegegeven, een aantal van voornoemde vragen zijn niet uitsluitend aanwezig bij het stil faillissement, doch ook bij de gewone faillissementsprocedures. Dat neemt echter niet weg dat de roze bril van de opgetogen insolventiejurist soms plaats moet maken voor een kritische blik op het stil faillissement. *It is not all roses, you know.*

Frederik De Leo

Doctoraatsbursaal

Instituut voor Handels- en Insolventierecht (KU Leuven)